

HFD 2020 ref. 24

Det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud där priset per enhet för ett större mängdintervall är högre än priset per enhet för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete inte kommer att antas.

4 kap. 1 § och 19 kap. 27 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 8 maj 2020 följande dom (mål nr 6102-19).

Bakgrund

1. Vid en offentlig upphandling anger den upphandlande myndigheten regelmässigt att leverantörerna ska uppfylla vissa obligatoriska krav. Dessa kan avse t.ex. renodlade formkrav för upphandlingens genomförande, krav relaterade till leverantörens kvalifikationer och krav kopplade till det som ska upphandlas. Kraven måste utformas så att de inte kommer i konflikt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, t.ex. likabehandlingsprincipen, eller med upphandlingslagstiftningen i övrigt. Om ett sådant obligatoriskt krav inte uppfylls ska anbudet förkastas.

2. Av lagstiftningen framgår vidare att den upphandlande myndigheten ska förkasta anbud som är onormalt låga och som inte har kunnat förklaras på ett tillfredsställande sätt. Innan ett anbud förkastas på den grunden ska myndigheten genom ett s.k. kontradiktoriskt förfarande ge leverantören en möjlighet att förklara det låga priset.

3. Enligt praxis är det inte förenligt med likabehandlingsprincipen och bestämmelserna om onormalt låga anbud att som ett obligatoriskt krav ange att anbud under en viss prisnivå, s.k. golvpris, inte kommer att antas. Detta har motiverats med att ett sådant golvpris hindrar leverantören från att konkurrera med priset samt att det innebär att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra.

4. Vallentuna kommun genomför med tillämpning av ett förenklat förfarande en upphandling avseende ramavtal för asfaltbeläggningar, asfaltfräsning och vägmarkering samt anslutande tjänster. I upphandlingsdokumenten angav kommunen de arbeten m.m. som omfattas av upphandlingen uppdelat i olika mängdintervall. Leverantörerna skulle i anbuderna ange priset per enhet (å-priset) för dessa olika intervall. Utvärderingen av anbuderna skulle

sedan ske genom att lämnade à-priser multiplicerades med angivna mängder och adderades på visst sätt för att få fram en jämförelsesumma. Ramavtal skulle ingås med den leverantör som hade den lägsta jämförelsesumman. Det angavs vidare att anbud där à-priset för ett större mängdintervall var högre än à-priset för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete skulle förkastas.

5. Svevia AB lämnade anbud i upphandlingen. Bolaget angav ett högre à-pris för ett större mängdintervall än för ett mindre mängdintervall för en viss typ av arbete. Kommunen förkastade bolagets anbud på grund av bristande kravuppfyllelse och beslutade att ingå ramavtal med en annan leverantör.

6. Bolaget ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Stockholm. Bolaget anförde att kommunen hade agerat i strid med likabehandlingsprincipen och att det aktuella obligatoriska kravet hade hindrat bolaget från att lämna sitt mest fördelaktiga anbud. Förvaltningsrätten avslog ansökningen. Domstolen konstaterade att kommunen hade ställt upp ett relativt takpris, där det högsta priset för ett större mängdintervall styrdes av priset som leverantören angett för ett mindre mängdintervall avseende samma typ av arbete. Enligt domstolen kunde kravet inte jämföras med ett sådant golvpris som har underkänts i praxis. Förvaltningsrätten fann vidare att det obligatoriska kravet inte kunde anses begränsa anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera med sin prisättning i enlighet med likabehandlingsprincipen.

7. Kammarrätten i Stockholm biföll bolagets överklagande, upphävde förvaltningsrättens dom och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten konstaterade att det obligatoriska kravet inte innehöll något tak- eller golvpris och därför inte hindrade leverantörerna från att sätta låga à-priser för de olika mängdintervallerna. Kammarrätten fann dock att det obligatoriska kravet innebar en begränsning av anbudsgivarnas möjlighet att fritt konkurrera med sina bästa priser avseende de mindre mängdintervallerna. På samma sätt som gäller för golvpriser hade kravet också hindrat kommunen från att bedöma anbuden i verklig konkurrens med varandra. Kommunen hade därför brutit mot likabehandlingsprincipen.

Yrkanden m.m.

8. *Vallentuna kommun* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, ska avslå ansökningen om överprövning och anför följande.

9. Upphandlingslagstiftningen innehåller flera bestämmelser som begränsar anbudsgivarnas prissättning. Likabehandlingsprincipen innebär alltså inte att anbudsgivare i alla lägen har rätt att lämna sina bästa anbud och få dessa bedömda i verklig konkurrens

med varandra. Förkastande av anbud som inte uppfyller obligatoriska krav behöver inte föregås av något kontradiktoriskt förfarande. Tvärtom strider det mot likabehandlingsprincipen att inte förkasta sådana anbud. Syftet med det nu aktuella obligatoriska kravet är inte att på förhand fastställa att anbud under en viss prisnivå ska anses vara onormalt låga, utan att säkerställa att kommunen får bästa möjliga villkor enligt marknadsekonomiska principer och att motverka osund strategisk anbudsgivning.

10. *Svevia AB* anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

11. Utvärderingsmodellen uppvisar stora likheter med den golvprismodell som har bedömts vara otillåten i praxis, och dess utformning är inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Likabehandlingsprincipen innebär att obligatoriska krav avseende prissättning inte får medföra automatisk uteslutning utan att den upphandlande myndigheten först prövar omständigheterna i det enskilda fallet inom ramen för ett kontradiktoriskt förfarande. En upphandlande myndighet får inte kringgå bestämmelserna om onormalt låga anbud genom att ställa upp obligatoriska krav på viss prissättning. Om kommunen hade tillämpat ett kontradiktoriskt förfarande i stället för att förkasta bolagets anbud skulle det eftersträvade syftet ha uppnåtts genom en mindre ingripande åtgärd.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

12. Frågan i målet är om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som ett obligatoriskt krav ange att anbud där priset per enhet för ett större mängdintervall är högre än priset per enhet för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete inte kommer att antas.

Rättslig reglering m.m.

13. I 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling finns bestämmelser som gäller för upphandling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 §. Enligt 19 kap. 2 § tillämpas vid sådan upphandling även de allmänna bestämmelserna i bl.a. 4 kap. 1 §.

14. Enligt 4 kap. 1 § ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

15. Av 19 kap. 27 § följer att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att

leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden (det s.k. kontradiktoriska förfarandet).

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

16. En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt, och med upphandlingslagstiftningen i övrigt.

17. När det gäller krav relaterade till prissättningen i anbudet har Högsta förvaltningsdomstolen i rättsfallet HFD 2018 ref. 50 funnit att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som ett obligatoriskt krav ange att ett timarvode måste uppgå till en viss lägsta nivå, dvs. att tillämpa ett golvpris. Detta motiverades med att ett obligatoriskt krav på ett visst lägsta pris hindrar leverantörerna från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörerna behandlas olika. Domstolen framhöll också att ett golvpris innebär att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra och att bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Ett anbud som myndigheten uppfattar vara grundat på ett onormalt lågt pris ska därför i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i bestämmelserna om onormalt låga anbud.

18. Det obligatoriska krav som nu är föremål för prövning innebär även det att leverantörerna inte får prissätta sina anbud helt fritt eftersom det pris som en leverantör anger för ett visst mängdintervall blir styrande för det pris som får anges för andra mängdintervall avseende samma typ av arbete. Däremot anger kravet ingen absolut nedre gräns för hur låga priser som får offereras. Kravet hindrar således inte leverantörerna från att konkurrera med sina priser. Kravet är inte heller konstruerat på ett sådant sätt att det leder till att onormalt låga anbud automatiskt förkastas.

19. Det nu aktuella obligatoriska kravet skiljer sig således på ett avgörande sätt från det som prövades i HFD 2018 ref. 50. Kravet kan enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte anses komma i konflikt med likabehandlingsprincipen eller med bestämmelserna om onormalt låga anbud. Det har inte heller kommit fram att kravet på något annat sätt strider mot upphandlingslagstiftningen.

20. Det står klart att bolagets anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet. Kommunen gjorde alltså rätt när den förkastade anbudet. Eftersom det följaktligen saknas skäl för att ingripa mot upphandlingen ska ansökningen om överprövning avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens domslut.

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten, Ståhl, Bull, Anderson* och *Jönsson*. Föredragande var justitiesekreteraren Jack Hillerström-Forsyth.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2019-07-26, Andersson):

Förvaltningsrättens bedömning

Ska Svevias anbud tas upp till utvärdering?

Svevia har inledningsvis anfört att kommunens överträdelse av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) hänför sig till anbudsprövningsfasen på så vis att kommunen, genom att ha förkastat Svevias anbud, har brutit mot principerna om transparens och likabehandling. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om kommunen rätteligen förkastat Svevias anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget punkt AFB.53 anges följande.

AFB.53 Prövning av anbud

Utvärdering av anbud sker genom att lämnade à-priser multipliceras med angivna fiktiva mängder. Detta ger en anbudssumma för mängdförteckningen och en anbudssumma för Tim- och à-prislistan. Dessa två anbudssummor adderas och utgör anbudets jämförelsesumma. Denna summa är endast ett verktyg för utvärdering och blir inte avtalad omfattning av uppdragets volym. Anbudsgivare med lägst jämförelsesumma antas för entreprenaden.

Anbud med Tim- och/eller à-priser som överstiger av beställaren angivna takpriser i Mängdförteckning eller Tim- och à-prislista kommer att förkastas. Anbud med à-pris i Mängdförteckning eller Tim- och à-prislista som är lika med 0 kr eller lägre kommer att förkastas.

Anbud där à-pris för ett större mängdintervall är högre än à-pris för ett mindre mängdintervall i mängdförteckningen för samma typ av arbete kommer att förkastas.

Av Svevias mängdförteckning s. 3 framgår det under koden DCC.2411 att Svevia har angivit à-pris om [...] kr för arbete med mängd större än [...] m² och [...] kr för arbete med mängd mindre än [...] m². Svevias uppgivna à-pris för det större mängdintervallet är därmed högre än det uppgivna à-priset för det mindre mängdintervallet. I enlighet med

förfrågningsunderlaget avsnitt AFB.53 tredje stycket har Svevias anbud därigenom förkastats av kommunen. Förvaltningsrätten anser att det i målet inte har kommit fram annat än att anbudsgivarna har fått ta del av förfrågningsunderlaget och det aktuella obligatoriska kravet på ett likvärdigt, transparent sätt. Vidare bedömer domstolen att kommunen, genom att förkasta Svevias anbud, har iakttagit principerna om transparens och likabehandling. Vad Svevia har anfört gällande att det endast skiljer omkring 15 procent mellan de uppgivna à-prisen i de olika mängdintervallen medför inte någon annan bedömning i detta hänseende. Det finns därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen på den grunden att Svevias anbud inte tagits upp till utvärdering.

Är kommunens utvärderingsmodell förenlig med LOU?

Svevia har vidare gjort gällande att kommunens överträdelser av LOU hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede på så vis att kommunen, genom att ha tillämpat en otillåten utvärderingsmodell, har hindrat Svevia från att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Förvaltningsrätten har därmed vidare att ta ställning till om kommunens utvärderingsmodell är förenlig med LOU.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Svevia är av uppfattningen att det uppställda kravet om att à-pris för ett större mängdintervall inte får vara högre än à-pris för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete strider mot principerna om transparens och likabehandling. Till stöd för sin uppfattning har Svevia anfört att utvärderingsmodellen inte leder till ett rättvisande resultat i enlighet med RÅ 2002 ref. 50, att utvärderingsmodellen innehåller ett otillåtet golvpris som medför automatiskt förkastande av anbud i enlighet med HFD 2018 ref. 50 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5255-18 samt att kommunen i den aktuella upphandlingen har tillämpat ett relativt tak- och golvpris i likhet med vad som var fallet i Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18.

Förvaltningsrätten konstaterar att de avgöranden som Svevia har åberopat avser s.k. golvpriser samt takpriser som indirekt innebär golvpriser. I Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18 konstaterade kammarrätten att takpriset för material i upphandlingen var satt i relation till totalpriset vilket innebär ett indirekt, relativt golvpris för totalkostnaden. Kammarrätten bedömde därigenom att den upphandlande myndighetens krav inte var förenligt med upphandlingslagstiftningen. Avgörandet fastställer emellertid inte, så som Svevia har gjort gällande, att det skulle vara oförenligt med likabehandlingsprincipen att ha olika takpriser för olika anbudsgivare.

Kommunen har i den nu aktuella upphandlingen ställt upp ett relativt takpris, där takpriset för ett större mängdintervall styrs av priset som anbudsgivaren har angett för ett mindre mängdintervall avseende samma typ av arbete. Kravet är enligt förvaltningsrättens bedömning inte att jämställa med ett explicit golvpris av det slag som det var fråga om i HFD 2018 ref. 50 och i Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5255-18.

Kravet kan inte heller liknas med förhållandena i Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18, eftersom det aktuella kravet avser samma typ av arbete där endast kvantiteten skiljer sig åt. En utvärderingsmodell som innehåller ett obligatoriskt krav som medför att anbud med ett högre à-pris för en större kvantitet förkastas framstår enligt förvaltningsrätten snarare som en utvärderingsmodell som är ägnad att leda till ett rättvisande resultat i enlighet med RÅ 2002 ref. 50. Förvaltningsrätten bedömer vidare att kravet inte kan anses begränsa anbudsgivarnas möjlighet att utarbeta ett konkurrenskraftigt anbud eller att konkurrera med sin prissättning i enlighet med likabehandlingsprincipen.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Svevia inte har förmått visa att det aktuella kravet avseende prissättning strider mot LOU. Eftersom Svevia inte heller i övrigt har anfört något som visar att kommunen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerar att lida skada, saknas skäl för ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås. – Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Kammarrätten i Stockholm (2019-10-28, *Jonsson, Berselius* (skiljaktig) och *Degenkolbe*):

Frågan i målet är om Vallentuna kommun har tillämpat en utvärderingsmodell i upphandlingen som strider mot transparens- och likabehandlingsprinciperna i 4 kap. 1 § LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det i princip inte är förenligt med likabehandlingsprincipen att ange ett golvpris, dvs. att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå automatiskt utesluts från utvärdering. HFD konstaterade att ett golvpris förhindrar leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbudet automatiskt utesluts och att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. (HFD 2018 ref. 50)

I punkten AFB.53 tredje stycket i upphandlingsdokumenten anges att anbud där à-pris för ett större mängdintervall är högre än à-pris för ett mindre mängdintervall i mängdförteckningen för samma typ av arbete kommer att förkastas. Kammarrätten anser att det uppställda kravet är tydligt formulerat och inte kan uppfattas på annat sätt än att anbud där styckpris för ett större mängdintervall är högre än styckpris för ett mindre mängdintervall i mängdförteckningen för samma typ av arbete automatiskt kommer att uteslutas från utvärderingen.

Kammarrätten konstaterar att det för kod DCC.2411 inte uppställts något tak- eller golvpris. Kravet i ovan angivna punkt AFB.53 innehåller inte heller något tak- eller golvpris och hindrar därför inte anbudsgivarna från att sätta ett lågt à-pris för mängdintervallerna. Däremot får kravet att à-priset för ett större mängdintervall inte får vara högre än à-priset för ett mindre mängdintervall i mängdförteckningen till följd att anbudsgivarens möjlighet att fritt konkurrera med priset inom varje mängdintervall begränsas, vilket kan hindra anbudsgivaren från att dra nytta av eventuella konkurrensfördelar som den kan ha vid vissa mängdintervaller. Även om

kravet är relativt har det således inneburit en begränsning av leverantörernas möjlighet att fritt konkurrera med sina bästa priser vid utvärderingen avseende de mindre mängdintervallerna. På samma sätt som gäller för golvpriser har det aktuella kravet också hindrat Vallentuna kommun från att bedöma anbuden i verklig konkurrens med varandra. Kammarrätten anser därför att Vallentuna kommun, genom att uppställa ett obligatoriskt krav avseende begränsning av prissättningen i relation till mängdintervallen, har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Svevia har lidit skada eftersom Sveglias anbud automatiskt har uteslutits från utvärderingen. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt med en rättelse, varför upphandlingen ska göras om. – Kammarrätten bifaller överklagandet, upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Berselius var skiljaktig och anförde följande.

Jag anser att den utvärderingsmodell som Vallentuna kommun har använt sig av, där ett obligatoriskt krav har angetts som medför att anbud med ett högre å-pris för en större kvantitet förkastas, inte kan anses begränsa anbudsgivarnas möjlighet att utarbeta ett konkurrenskraftigt anbud eller att konkurrera med sin prissättning i enlighet med likabehandlingsprincipen. Kravet är tydligt utformat och strider inte heller mot transparensprincipen. Jag delar således förvaltningsrättens bedömning att Svevia inte har förmått visa att nämnda krav avseende prissättning strider mot LOU samt att Svevia inte heller i övrigt har anfört något som visar att kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerar att lida skada. Eftersom skäl för ingripande mot upphandlingen saknas ska överklagandet avslås.